



## Sentencia 02186 de 2008 Consejo de Estado

Expediente 05001 2331 000 1998 02186 (9927 05) de 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008)

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Radicación: 05001-2331-000-1998-02186-01(9927-05)

ACTOR: MARÍA CONSUELO GALLEGU GIL

APELACIÓN SENTENCIA- AUTORIDADES MUNICIPALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía el 3 de diciembre de 2004, en el proceso de la referencia.

### ANTECEDENTES

1. La parte actora, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, instauró demanda en contra del Hospital General de Medellín a fin de que se declarara la nulidad del Oficio N° 001002 del 25 de marzo de 1998 del Gerente del Hospital General de Medellín en el que se le negó el reconocimiento y pago del trabajo suplementario por haber laborado en jornadas superiores a 44 horas semanales, y de los compensatorios por el trabajo realizado en días domingos y feriados.

A título de restablecimiento del derecho pide que se condene al Hospital al reconocimiento y pago de dichos conceptos; y en consecuencia al modificarse la base salarial, se ordene el reajuste del total de salarios y prestaciones desde la fecha de vinculación en adelante; que se ordene la indexación de las sumas anteriores; y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Señala como normas infringidas los artículos 25,53,125 y 209 de la Constitución Nacional. El artículo 25, por cuanto exigir jornadas de trabajo superiores a las establecidas en la ley y desconocer el pago de dominicales, festivos, compensatorios y horas extras, son conductas que atentan contra el derecho al trabajo. El artículo 53 se viola al desconocer la situación más favorable al trabajador para resolver dudas en la aplicación de las fuentes formales del derecho al trabajo.

En cuanto a las disposiciones legales, considera que se transgreden el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el 30 de la Ley 10 de 1990, por cuanto de ambas disposiciones se infiere que los servidores del Hospital General, por estar vinculados al sector salud, se rigen por las normas laborales que regulan a los servidores del nivel nacional.

Igualmente se mencionan en este acápite los artículos 33 y 40 del Decreto 1042 de 1978, ya que el primero de ellos establece la jornada de trabajo en 44 horas semanales y, el segundo, dispone la forma de pagar el trabajo en días dominicales y festivos.

2. La entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

Manifiesta que el Hospital General de Medellín es una Empresa Social del Estado del orden municipal y que la demandante es empleada pública del orden municipal, por tanto, la jornada ordinaria de trabajo es la que define la Ley T de 1945, que en el artículo 3° asigna una jornada de 48 horas semanales. Así mismo, asegura que el pago de trabajo en días dominicales y festivos se rige por la Ley 57 de 1926 y el Decreto 1278 de 1931, de lo que se colige que la parte demandada está dando cumplimiento a las reglamentaciones respectivas e, incluso, por encima de las mismas.

### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquía accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Concluyó con fundamento en sentencia del Consejo de Estado 4343-02, con ponencia de la Doctora Ana Margarita Olaya, que la norma aplicable para el reconocimiento del trabajo suplementario es el Decreto 1042 de 1978 que establece una jornada máxima de 44 horas semanales, lo cual

le da derecho a la actora al pago de 4 extras, diurnas o nocturnas, por cada semana laborada hasta el V de marzo de 1996, fecha en que entró en vigencia la Ley 269 de 1996 que estableció la jornada máxima del personal asistencial del sector salud en 66 horas a la semana.

En cuanto al trabajo en días dominicales y festivos trajo a consideración la sentencia del Consejo de Estado del 23 de octubre de 1997, Expediente 14304, que inaplicó el artículo Y del Decreto 222 de 1932 y en su lugar se valió del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 por tratarse de la norma que para el orden nacional regula materia semejante. En ese sentido, siguiendo los criterios del Consejo de Estado, inaplicó la Ley 57 de 1926 y el Decreto 1278 de 1931 y ordenó al Hospital el pago de un recargo del 100% por cada dominical o festivo efectivamente laborado sobre la jornada ordinaria, "si no lo hubiere hecho de acuerdo con las pautas previstas en el Decreto 1042 de 1978 y en esta providencia" (Aclaración de folios 277 a 281).

Sobre la condena del descanso en días compensatorios dijo: "*Al no existir prueba de que se le adeuden, debe absolverse del pago de los descansos mencionados a la accionada.*" (fl 246).

Igualmente, se declaró inhbido el Tribunal para pronunciarse respecto de la reliquidación de prestaciones sociales por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

#### LA APELACIÓN

La demandante y la entidad demandada interpusieron oportunamente recurso de apelación contra la sentencia.

El apoderado del Hospital General de Medellín E.S.E disiente de la decisión de primera instancia por cuanto la parte actora no cumplió con la necesidad de la carga de la prueba, pues no acreditó cuál era la jornada de trabajo semanal que cumplía realmente para que el Tribunal concluyera que tenía derecho al pago de 4 horas extras semanales; tampoco demostró los días domingos y festivos en que laboró y su remuneración, que fue supuestamente cancelada por un valor inferior al que señala la ley.

Insistió en que el Hospital General de Medellín remunerara el trabajo dominical y festivo con un pago triple sobre el salario ordinario, pues si bien las normas aplicables, esto es, la Ley 57 de 1926 y el Decreto 1278 de 1931, establecen un pago diferente, se siguen estrictamente los lineamientos del Decreto 1042 de 1978, por lo cual no es procedente ninguna condena por este concepto.

Por su parte la actora, en su escrito de apelación, se aparta de la decisión del Tribunal por cuanto no condenó al pago de un día de descanso compensatorio por cada festivo laborado existiendo plena certeza del trabajo en días dominicales y festivos como se infiere de las planillas de pagos que reposan en el expediente. De igual forma asegura que se equivocó el a quo al limitar el reconocimiento del pago de horas extras, con fundamento en la Ley 269 de 1996, puesto que tal norma solo se aplica a las Instituciones Prestadoras de Salud y no a las Empresas Sociales del Estado. Además consideró, que debió ordenarse el pago de los intereses moratorios sobre las sumas reconocidas en la sentencia desde la fecha de su ejecutoria y no después de transcurridos seis meses.

#### CONSIDERACIONES

No observando la Sala causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a resolver de fondo la presente controversia.

El problema jurídico a resolver se centra en dos aspectos: TRABAJO SUPLEMENTARIO y TRABAJO EN DÍAS DE DESCANSO OBLIGATORIO para empleados de la salud de las entidades territoriales.

##### 1. Del trabajo suplementario

La jurisprudencia de ésta Corporación ha señalado de manera reiterada que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978<sup>1</sup>, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, que establece:

1 Ver sentencias 5622-05,5494-05,7854-05. Dra. Ana Margarita Olaya

"Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley."

Con posterioridad a la vigencia del Decreto 2400 de 1968, se expidió el Decreto 1042 de 1978 que en sus artículos 33 y siguientes se ocupó de regular la jornada de trabajo, ello significa que tales normas adicionaron al primero, siendo aplicables al orden territorial por la remisión al artículo 3° que hace la norma transcrita.

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden territorial en materia de la jornada de trabajo y del trabajo en días de descanso obligatorio, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

Para abundar en razones, se tiene el contenido de la sentencia C-1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3° de la Ley 6a de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales. En dicha providencia la Corte Constitucional precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regularon el tema de la jornada de trabajo máxima legal.

Definida la aplicación del Decreto 1042 de 1978 a la situación de la actora, la Sala abocará el debate específico respecto de la jornada ordinaria de trabajo.

El artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, definió la jornada en 44 horas semanales en los siguientes términos:

DECRETO 1042 DE 1978.

"ARTICULO 33. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

De ésta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo de la demandante, -concepto que implica el pago del salario ordinario pactado y sin recargos- es de 44 horas semanales, y en consecuencia, toda labor realizada con posterioridad a la hora 44 de cada semana, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras, que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

La Sala encuentra acreditado en el expediente, que la demandante laboró efectivamente en jornadas de 48 horas semanales. Ello se deduce, entre otras pruebas, del texto del acto acusado que en el numeral 3° afirma lo siguiente: "...su jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y ocho (48) horas a la semana, razón por la cual no existe ninguna obligación de reconocerle horas extras a partir de una jornada ordinaria semanal de cuarenta y cuatro (44) horas...". (folio 5)

Así mismo, se concluye que a la actora no le es aplicable, como lo aseguró el a quo, la Ley 269 de 1996 cuyo inciso segundo del artículo 2° estableció la jornada máxima de trabajo en 12 horas diarias sin exceder de 66 a la semana, para el personal asistencial de las entidades prestadoras de servicios de salud del sector público.

La aplicación de la referida Ley al presente caso no es viable, porque según la interpretación que la Corte Constitucional hizo del inciso segundo del artículo 2° de la misma, esta norma rige a los servidores que en el sector de la salud desempeñen dos empleos públicos, como lo permitió el inciso primero ibídem (ver sentencia C-206 del 11 de marzo de 2003).

En efecto, en la citada sentencia concluyó la Corte Constitucional:

"De acuerdo con lo anterior, el sentido de las disposiciones de la Ley 269 de 1996, incluido obviamente el inciso acusado, fue el de establecer una excepción a la prohibición de tener más de un empleo público a fin de que el personal asistencial respondiera a las necesidades planteadas en el sector salud. Y eso significa que la regulación que el aparte demandado hace de la jornada de trabajo se refiere exclusivamente a aquellos trabajadores que en el campo de la salud desempeñan más de un empleo en entidades públicas." (negrilla de la Sala).

Por consiguiente, la Sala prohíja la anterior interpretación y en tales condiciones al ser inaplicable La Ley 269 de 1996 al presente caso, en que ni siquiera se planteó que la parte actora desempeñara dos empleos públicos asistenciales de salud, la jornada de trabajo de la misma sigue siendo la establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es decir, 44 horas semanales, lo cual conduce a que deba confirmarse la decisión anulatoria del acto administrativo que profirió el Tribunal, pero modificando lo que concierne a la limitación que hizo de la condena al 1° de marzo de 2006 fecha en que entró en vigencia la Ley 269 de 1996.

Por el contrario el pago de la condena que se impone a la demandada respecto de las horas extras deberá hacerse desde el 4 de marzo de 1995 hasta el 4 de marzo de 1998, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la petición y con observancia de la prescripción trienal de ley.

## 2. Del trabajo en días de descanso obligatorio

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 reguló el trabajo en días de descanso obligatorio así:

DECRETO 1042 DE 1978

"ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. (Resaltado fuera de texto)

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."

De la norma anterior se infiere que el trabajo realizado en los días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria, y que tiene un recargo propio y diferente del que las normas estipulan para el trabajo suplementario que se realiza en días hábiles.

Así, cuando la norma define que el trabajo realizado en días domingos y festivos se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, se debe entender que se remunera con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado. Igualmente, las normas asignan a quien labora en días de descanso remunerado, el derecho de disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual. Cuando dicho descanso compensatorio no se concede, o cuando el funcionario opta por que se retribuya o "compense" en dinero (si el trabajo dominical es ocasional), la retribución por el trabajo festivo realizado, debe incluir además el valor de un día ordinario adicional.

De lo anterior se tiene que el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio así:

- a) El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).
- b) Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.
- c) El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).
- d) Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior.

De acuerdo con ello y teniendo en cuenta que se encuentra demostrado el trabajo en días domingos y festivos efectuado por la actora, según se desprende de la relación de pagos que obra de folios 162 a 210 del expediente, bajo el nombre de "DOMINGO DIURNO, DOMINGO NOCTURNO, DOMINICALES, FESTIVOS, FESTIVO DIURNO TRABAJADO, FESTIVO NOCTURNO TRABAJADO, DOMINICALES BÁSICO, FESTIVOS BÁSICO, FESTIVO DIURNO SIN COMPENSATORIO, y FESTIVO NOCTURNO SIN COMPENSATORIO" y que se trata de un servicio hospitalario prestado en forma ininterrumpida, lo cual determina que dicho trabajo sea habitual, la Sala considera que la demandante tiene derecho a la retribución que la norma establece en estos casos, para lo cual se procede a analizar la manera en que dicho pago debe efectuarse:

Para el año de 1996 la actora devengaba un salario básico de \$476.062 en los meses de enero a junio, según consta en la certificación expedida por el Hospital General de Medellín a folio 156 del cuaderno principal. Esta suma sobre una jornada de 48 horas semanales, equivale a \$1.983 pesos la hora, pero como ya se estableció en esta providencia, a la demandante la rige una jornada de trabajo de 44 horas por lo que su hora diaria es igual a la suma de \$2164. Veamos qué sucede con las horas dominicales y festivas laboradas por la actora para esa fecha:

Se observa claramente en el expediente entre los folios 162 a 210, la constancia de pagos efectuadas por el Hospital a la señora MARÍA CONSUELO GALLEGU GIL, de la que se infiere que para el mes de febrero de 1996, la actora trabajó 23 horas en el rubro de "DOMINGO NOCTURNO", con una retribución de \$61.590. De multiplicar el salario hora por las horas trabajadas, se demuestra como el Hospital pagó el trabajo dominical de manera sencilla, e incluso pagó por debajo de la hora sencilla, veamos: Valor hora de \$1.983 (48 hrs. sem.) X 23 horas laboradas en día domingo = \$ 45609, por el doble = \$ 91.218. El Hospital pagó \$61.590.

Ahora bien, sobre la jornada legal que es de 44 horas semanales el pago debió ser de \$2.164 (44 hrs. sem.) X 23 horas = \$49.772, por el doble = \$99.544. Esta es la suma que debió pagar el Hospital.

Relacionando lo que el Hospital debió cancelar sobre la base de jornadas de 48 horas semanales y de 44 horas semanales comparándolo con lo que efectivamente pagó se tiene lo siguiente:



De la anterior tabla se infiere claramente la errónea liquidación por parte del Hospital General de Medellín respecto de las horas laboradas en días domingos y festivos, porque se remuneraron tales días con pago sencillo y no doble más un compensatorio como lo dicta el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

Se observa también en el informe de pagos que en los períodos que la empleada laboró domingos y festivos sin reclamar compensatorio, denominados "Festivo diurno sin compensatorio" "Festivo diurno trabajado", el Hospital procedió a hacer un pago doble sobre la remuneración ordinaria, y no triple sobre una jornada de 48 horas semanales, así:



Ello significa que cuando la actora trabajó en días feriados y optó por que su descanso compensatorio se le retribuyera en dinero, el Hospital lo hizo de manera doble y no triple como quedó explicado ampliamente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmará la decisión del Tribunal de condenar a un recargo del 100% sobre el salario ordinario por cada

dominical o festivo laborado, de acuerdo a lo solicitado en el, líbello introductorio, es decir sobre la jornada de 48 horas semanales. Sobre el pago de compensatorios se revocará la decisión denegatoria del reconocimiento y pago de estos; estas condenas deberán liquidarse con aplicación de la prescripción trienal.

Normas inaplicadas por el Tribunal.

Por último es necesario señalar que en lo relacionado con el primer punto de ésta providencia -régimen de la jornada de trabajo-, no existió vacío normativo que obligara a la aplicación analógica de preceptos diferentes a los del Decreto 1042 de 1978, amén de que por la misma razón no es viable inaplicar normas que no son pertinentes, por estar derogadas a partir de la vigencia de la ley 27 de 1992, como son la Ley 57 de 1926 y el Decreto 1278 de 1931 que el Tribunal en el artículo 1º de la parte resolutive de la sentencia apelada inaplicó. Por este motivo se revocará tal decisión, de acuerdo a las conclusiones del primer punto de esta providencia.

Finalmente la Sala habrá de pronunciarse sobre los siguientes puntos que se solicitaron por la demandante en el escrito de apelación:

Intereses. La Sala concederá la solicitud de la actora para que se modifique el numeral de la sentencia, en el cual se condenó al pago de "*intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de éste término*", teniendo en cuenta que mediante sentencia C-188 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable la parte del artículo 177 del C.C.A. que establecía la diferencia en el interés que declaró el Tribunal. También ordenará la corrección monetaria de las condenas, con aplicación del índice de precios al consumidor vigente al momento en que se debió realizar el pago de los derechos, por ser éste el que actualiza el valor desde el momento en que el derecho debió ser reconocido al servidor.

Reajuste de prestaciones sociales. Asimismo se negará la solicitud de revocación de la decisión inhibitoria sobre reliquidación de salarios y prestaciones sociales, porque no aparece la constancia de que tales pretensiones hubiesen sido objeto del debate en vía gubernativa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. CONFÍRMASE parcialmente la sentencia del 3 (tres) de diciembre de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso promovido por MARÍA CONSUELO GALLEGU GIL contra el Hospital General de Medellín.
2. MODIFÍCASE el numeral 1º de la sentencia en el sentido de señalar que no es procedente la inaplicación de la ley 57 de 1926 y del Decreto 1278 de 1931, por haber sido derogados.
3. MODIFÍCASE la letra a) y la letra b) del numeral Y en el sentido de precisar que la condena por esos conceptos comprende el periodo del 4 de marzo de 1995 hasta el 4 de marzo de 1998.
4. MODIFÍCASE el numeral 4º en el entendido de que el índice inicial de precios al consumidor certificado por el DANE es el vigente en la fecha en que se causó el derecho.
5. MODIFÍCASE el numeral 6º el cual quedará Conforme al inciso cuarto del artículo 177 del C.C.A. las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses comerciales y moratorios desde la fecha de su ejecutoria.
6. MODIFÍCASE el numeral 7º en lo que concierne al reconocimiento y pago de los días compensatorios, y en su lugar CONDÉNASE a la Entidad al pago del equivalente en dinero a un día ordinario de trabajo cuando la actora no optó por el descanso compensatorio de conformidad con la planilla de pagos, desde el 4 de marzo de 1995 hasta el 4 de marzo de 1998.
7. REVÓCASE la aclaración a la sentencia.
8. Reconócese personería al Abogado Mario León Garcés Mejía como apoderado de la actora, en los términos y para los efectos del poder otorgado.
9. Sin costas en el recurso.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

*Fecha y hora de creación: 2024-11-23 02:22:11*